

准确认定黑恶犯罪的方法论思考

何荣功

摘要 准确认定黑恶犯罪是依法推进扫黑除恶专项斗争的基本要求。我国黑社会性质组织存续的实际情况和其在整个违法犯罪构造中的地位决定了对其实范围的认定应坚持限制节制的立场。黑恶犯罪构成要件的解释与认定不能偏离其本质,应注意区分“保护伞”与一般性帮助和保护行为的界限。准确认定黑恶犯罪还应重视贯彻宽严相济刑事政策,科学界定黑恶犯罪“参加”行为的含义与范围。实践中司法机关应避免以非刑法用语取代刑法规定。

关键词 扫黑除恶;黑社会性质组织;恶势力;宽严相济

中图分类号 DF6 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)02-0145-09

基金项目 国家社会科学基金一般项目(15BFX051)

自开展扫黑除恶专项斗争以来,依法严惩的基本方针得到有力的贯彻,扫黑除恶专项斗争取得了明显的成效。依法严惩,一方面强调对黑恶犯罪的惩处要严厉、从严;另一方面要求从严惩处应依法进行,不能突破法律规定。但现实有时比理想低矮,专项斗争推进中,有些地方和部门(办案人员)对政策和法律的拿捏不准,理解不到位,认定中出现了欠妥的做法。其中,既有拔高认定的问题,也有人为降格处理的现象^①。本文从方法论上探讨如何准确认定黑恶犯罪,期待扫黑除恶专项斗争取得更好的成效。

一、关于黑恶犯罪构成要件解释的立场与方法

准确认定黑恶犯罪,办案人员不仅需要正确理解刑法规定的黑恶犯罪的具体要件^②,而且需要在观念上廓清黑恶犯罪特别是黑社会性质组织和恶势力犯罪集团的刑法解释原则和方法。

在制定法国家,包括刑法在内,法律以条文的形式写在文本上,但法律的真实含义却存在于适用者的解释与理解之中。面对同一案件事实,办案人员对刑法条文规定的构成要件采取不同解释方法,行为的性质及其处罚范围可能迥然有别。刑法作为社会规范的一种,内容主要是“不得为……”这类禁止规范与“应为……”这类命令规范^{[1](P2)},所以,一般而言,办案人员对刑法规范用语一旦采取扩大解释,犯罪范围就会变大;反之,刑法处罚范围就会限缩。黑恶犯罪作为一种具有严重社会危害性的行为类型,特别是在“依法严惩”的背景下,办案人员对其规范用语、构成要件整体上是应当采取限制还是扩张解释,这是认定黑恶犯罪需要首先明确的基本立场与方法论。

刑法是现实社会的规范写照,处罚范围受制于特定时期国家和社会对特定行为的政治与社会宽容度。专项斗争时期,由于国家和整个社会对待犯罪的容忍度降低,不可避免地引起对特定犯罪处罚的严

^① 扫黑除恶专项斗争必须依法推进,不能拔高认定,也不能人为降格处理,对此中央的态度是十分明确的。比如2018年1月中共中央、国务院《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》强调要严格依法办案。2018年10月全国扫黑除恶专项斗争推进会上,国务委员、公安部部长赵克志指出:“要牢固树立正确政绩观,坚持实事求是原则,有多少打多少,打多少是多少,绝不允许好大喜功、虚报战果。”2019年《最高人民法院工作报告》中提出:“坚持以事实为根据、以法律为准绳,是黑恶犯罪一个不放过,不是黑恶犯罪一个不凑数。”

^② 黑社会性质组织系刑法概念,恶势力并非《刑法》明确规定的概念,但随着2018年1月16日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》等司法文件的颁布,其也具备了成立要件,成为一个准刑法概念。

厉化和打击范围的扩张,正因为如此,过去历次“严打”和专项斗争中,虽然中央都强调依法推进,但总是难以避免出现打击扩大化的问题。新时代的扫黑除恶专项斗争,中央有新期待、新要求与工作新部署,但作为专项斗争之一,拔高认定和打击扩大化的内在机理和风险并没有根本消除。过去两年的实践也证明拔高认定的问题不容忽视。

黑恶犯罪具有严重的社会危害性,应依法严惩,这是中央确立的扫黑除恶专项斗争的基本方针,当然不能动摇。但依法严惩并不意味着对刑法或规范性文件规定的黑恶犯罪构成要件一概作扩张解释。相反,中国现实的政治社会结构、黑恶犯罪在整个违法犯罪体系中的地位以及其处罚面临的沉重负面后果,决定了对于其范围和构成要件的理解应依法采取谨慎、严格限制的立场。

首先,严格限定黑恶犯罪的成立范围是由其在整个违法犯罪构造体系中的地位决定的。社会是个整体性的存在,对社会问题的理解离不开体系思考,作为社会现象与重要问题之一的违法犯罪,也需要采取整体理解与体系性思考。立足于整体的立场,我们不难发现现实社会中的违法犯罪呈现的是金字塔构造,从轻微违法到犯罪再演变为犯罪集团以及有组织犯罪,整体上显示出依次递进的发展轨迹。我国有学者通过实证考察治安案件与刑事案件的关系得出的结论是:一般情况下,一个地区如果治安案件数量多,在没有得到有效控制的情况下,就会引起刑事案件数量和犯罪率的快速上升;轻微违法犯罪行为如果缺乏及时有效治理,会形成鼓励违法的氛围,进而滋生严重犯罪。简单地说,治安案件与刑事案件在实践中明显呈现互动正比例关系,“治安案件多,刑事案件就多”^[2](P39)。作为有组织犯罪形态的黑社会性质组织和恶势力犯罪集团,都非一天长成的,普通犯罪生长为黑恶犯罪同样需要演进过程,同样遵循互动正比例关系。无论是黑社会性质组织,还是恶势力,都与普通违法犯罪没有得到有效治理密切相关。长期以来,我国奉行的是政府主导的社会经济发展模式,政府对社会及其资源配置有强大的动员、管理和控制力,该模式下黑恶违法犯罪的滋生、存在、维系和发展都面临制度性障碍,政府主导的社会经济发展模式天然具有从根本上防止黑恶犯罪生长的制度性优势。实践中,国家对黑恶犯罪一直奉行的是“打早打小”的治理策略,近些年,每隔一段时间,中央都会适时部署对黑恶犯罪的专项斗争^①。在这种国家管理体制与社会机制下,黑社会性质组织和恶势力犯罪集团即便在现实社会存在,往往只能例外性地存在于那些基层政权薄弱的地区或某些特定区域、行业、领域。也许正是考虑到我国这一实际情况,直至今日刑法规定的最高级别的有组织犯罪形态仍然是黑社会性质组织,刑法并不承认我国社会自身存在黑社会组织。无论是政策的执行,还是法律的实施,都要契合社会实际情况,眼下黑社会性质组织的发展实际和其在整个违法犯罪中的地位根本上决定了办案人员对黑恶犯罪特别是黑社会性质组织的认定应采取格外严格的立场和态度,避免扩大化,这是我们在扫黑除恶专项斗争中需要坚守的基本理性。

其次,谨慎认定黑恶犯罪有利于减少社会对抗,也是贯彻罪责刑相适应刑法基本原则的要求。“让我们定个规则,多大的罪用多大的惩罚;应该用树枝纠正的过错,不用可怕的鞭子抽打。”^[3](P375)这是边沁对罪责刑相适应刑法原则的形象表达。罪责刑相适应源于人类根深蒂固的道德情感,也是宪法比例原则的要求。《刑法》第5条明确规定了罪责刑相适应的刑法基本原则。扫黑除恶专项斗争绝非仅是一项法律活动,带有很强的政策性和政治性。实践中,黑恶犯罪的概念早已超出法律范畴,是个极具社会和政治双重否定性评价的术语或话语体系。而且,对犯罪人而言,黑恶犯罪在社会、政治上的否定性评价及其产生的负面后果甚至可能远远超过其在法律层面的否定性评价及后果。行为一旦被定性为黑恶犯罪,这个标签对犯罪人及其家庭和社会关系都会产生强烈的负面效应。沉重的标签应慎重且有节制地适用。

① 2000年12月至2001年10月,全国公安机关开展我国首次打黑除恶专项斗争,后延长至2003年4月。2006年2月中央政法委再次布置全国打黑除恶专项斗争,并设全国“打黑办”。

二、黑恶犯罪的本质与认定

事物存在于本质之中,对黑恶犯罪本质的理解有助于从根本上廓清黑社会性质组织和恶势力的边界。

(一) 黑社会性质组织的本质与认定

如前指出,2018年1月,中共中央、国务院发布了《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》(以下简称《通知》),扫黑除恶专项斗争正式开始。《通知》强调要深刻领会扫黑除恶专项斗争的政治性、全面性和彻底性。中央对扫黑除恶专项斗争“三性”的重视已触及了黑恶犯罪的本质问题。

单从对法益侵害的严重程度讲,故意杀人罪、抢劫罪、绑架罪等严重暴力犯罪的社会危害性未必不及黑恶犯罪,中央谋划三年时间在全国范围内开展声势浩大的扫黑除恶专项斗争,究其原因,根本上与黑恶犯罪的特点与本质密切相关。一般情况下,犯罪体现的是行为对国家、社会 and 他人权利的侵害。比如故意杀人罪侵害的是他人的生命权,盗窃罪危害了他人的财产权。黑社会性质组织和恶势力犯罪不仅侵害国家、社会 and 他人权利,更重要在于其“称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者重大影响”。自官僚体系形成以来,国家和社会的良好运行有赖于政府的权威和官僚机构对社会的有效管理与控制,任何国家和官僚体系都不会容忍在正式国家管理体系之外存在一个与之对抗的组织体系。黑恶犯罪尤其是黑社会性质组织称霸一方以及对社会的非法控制,试图在正式国家管理体系之外另外建立组织系统,动摇了国家对社会的有效管理与控制,体现出与政府对社会有效管理和控制的根本性对抗^[4](P8-9)。黑恶犯罪的这一本质正是中央一再强调扫黑除恶专项斗争具有深刻政治意义的原因所在。

罪刑法定时代,犯罪认定要以刑法条文为圭臬,犯罪的本质必须体现在刑法规范中。《刑法》第26条第2款规定:“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织,是犯罪集团。”《刑法》第294条第5款规定:“黑社会性质的组织应当同时具备以下特征:(一)形成较稳定的犯罪组织,人数较多,有明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定;(二)有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益,具有一定的经济实力,以支持该组织的活动;(三)以暴力、威胁或者其他手段,有组织地多次进行违法犯罪活动,为非作恶,欺压、残害群众;(四)通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者纵容,称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者重大影响,严重破坏经济、社会生活秩序。”^①根据《刑法》的规定,黑社会性质组织首先属于犯罪集团,而且属于犯罪集团的高级形态,即“犯罪集团中的犯罪集团”。决定黑社会性质组织区别于一般犯罪集团的根本性标志是黑社会性质组织的“危害性特征”。正因为如此,“危害性特征”被视为黑社会性质组织的本质特征。

第一,在法律性质上,既然黑社会性质组织属于犯罪集团,那么,其必须首先具备一般犯罪集团的构造与特征,当行为无法成立一般犯罪集团时,自然依法不构成黑社会性质组织。比如,A公司使用自有合法资金以年利率30%从事民间借贷活动,交易金额达800余万元人民币,其中部分借贷发生纠纷。为了催还本金和利息,A公司在人民法院起诉的同时,公司员工和负责人对债务人私力讨债,期间对部分债务人使用暴力、威胁行为,在当地产生了不良影响。涉案行为不能简单地认为成立黑社会性质组织,因为民间借贷本质上属于民间资金融通的行为。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2019年10月21日起施行的《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》规定:“以超过36%的实际年利率实施符合本意见第一条规定的非法放贷行为”,才可能依法构成非法经营罪。本案中借贷的年利率为30%,依法不能成立非法经营罪。A公司及其员工讨债的手段行为虽然可能依法构成故意伤害罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪等,但在主体行为(借贷)整体无法评价为犯罪集团(犯罪)时,将其认定为黑社会性质组织,就难以认为是妥当的。

第二,既然黑社会性质组织是犯罪集团的高级形态,那么就应重视“组织性”对黑社会性质组织成立

^① 在刑法理论和实务中,学者和办案人员一般将刑法规定的四个特征简称为“组织特征”“行为特征”“经济特征”和“危害性特征”。

的意义。根据刑法的规定,“组织性”至少包括两方面含义:一是在组织结构上,已形成刑法规定的“稳定的犯罪组织”;二是在犯罪行为上,行为人“有组织地”从事违法犯罪活动,即违法犯罪活动有计划、有预谋,即便是突然性作案,往往也是在犯罪集团总的犯罪故意支配下进行的^[5](P388)。所以,即便有多人在一段时间内经常聚集在一起实施违法犯罪活动,如果不属于“有组织地”从事违法犯罪行为,违法犯罪活动明显具有分散性、随意性,也只是成立犯罪团伙,不能拔高认定为黑社会性质组织。实践中,有的办案人员在证明涉案事实具备“组织特征”后,进一步指控该组织实施了一系列违法犯罪行为,比如实施了故意伤害案1起、寻衅滋事案5起、聚众斗殴案1起、窝藏包庇案2起、骗取贷款案2起,另外还有数起违法行为,从而肯定构成黑社会性质组织。此类案件中,尽管涉案主体系多人,涉案违法犯罪事实有多起,但这些违法犯罪事实是否符合刑法规定的“有组织地”实施,不无疑问。黑社会性质组织不是主体方面的“一群人”与客观方面“一堆违法犯罪事实”的简单相加之和。

第三,既然“危害性特征”是黑社会性质组织的本质特征,那么办案人员对黑社会性质组织的认定,必须切实重视“危害性特征”的判断。关于“危害性特征”的含义,2009年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》(以下简称《2009年座谈会纪要》)和2015年最高人民法院《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《2015年座谈会纪要》)都做出了进一步解释,较之于《刑法》规定,上述两个司法文件对“危害性特征”标准的规定呈现出降低趋势,不仅《刑法》第294条明确规定的“非法控制”“重大影响”的概念被替换为“重要影响”“严重影响”等,而且两个座谈会纪要也没有将刑法规定的“重大影响”严格限制在与非法控制同质的程度^[4](P7)。事物的本质决定着事物的存在及其外延,如前所述,黑社会性质组织的本质在于其对政府及其有效管理形成了根本性对抗。实践中如果行为没有显示出对特定领域与行业的非法控制,只是单纯的涉案人数多、违法犯罪事实多以及案件影响大或者后果严重,将其认为符合“危害性特征”进而认定为黑社会性质组织,这就超越了黑社会性质组织的本质,属于不适当地拔高认定的思维与做法。

(二) 恶势力的本质与认定

从法律渊源上讲,“恶势力”并非严格意义上的刑法概念。根据陈兴良教授的研究,恶势力概念早在20世纪90年代就已明确提出,只是那时的司法文件没有严格区分黑社会性质组织和恶势力的界限,《2009年座谈会纪要》被认为首次在司法文件中对恶势力做了专门规定^[6](P8)。“‘恶势力’是指经常纠集在一起,以暴力、威胁或其他手段,在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动,为非作恶,扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响,但尚未形成黑社会性质组织的犯罪团伙。‘恶势力’一般为三人以上,纠集者、骨干成员相对固定,违法犯罪活动一般表现为敲诈勒索、强迫交易、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、非法拘禁、故意伤害、抢劫、抢夺或者黄、赌、毒等。”2018年1月16日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)进一步规定了恶势力的性质和实施的违法犯罪类型。“具有下列情形的组织,应当认定为‘恶势力’:经常纠集在一起,以暴力、威胁或者其他手段,在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动,为非作恶,欺压百姓,扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响,但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。恶势力一般为三人以上,纠集者相对固定,违法犯罪活动主要为强迫交易、故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、故意毁坏财物、聚众斗殴、寻衅滋事等,同时还可能伴随实施开设赌场、组织卖淫、强迫卖淫、贩卖毒品、运输毒品、制造毒品、抢劫、抢夺、聚众扰乱社会秩序、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序以及聚众‘打砸抢’等。”此外,《指导意见》还明确了在相关法律文书的事实认定部分可以使用“恶势力”的表述以及区分规定了恶势力团伙与恶势力犯罪集团。

以上规定可见,无论是打黑除恶时期颁布的《2009年座谈会纪要》,还是扫黑除恶新时期制定的《指导意见》,都不约而同地强调了恶势力要在一定区域或者行业内,为非作恶,多次实施违法犯罪活

动,扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响。其中,《指导意见》还增加了“欺压百姓”的用语。犯罪的本质是行为具有严重的社会危害性,恶势力之所以被视为一种特殊的犯罪形态,重要原因在于其行为造成的社会危害和恶劣社会影响会波及一定区域或行业,社会危害具有散发性和辐射性,换句话说,具有扰乱公共秩序的性质。如果不重视上述特征,就无法区别恶势力与一般违法犯罪的界限,正是基于此考虑,“为非作恶,欺压百姓,扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响”被认为是恶势力犯罪的本质特征^[6](P15)。由此,可以得出如下结论:

第一,当行为不体现恶势力的本质特征时,应排除恶势力的认定。2019年4月9日起施行的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》(以下简称《恶势力意见》)第5条明确指出:“单纯为牟取不法经济利益而实施的‘黄、赌、毒、盗、抢、骗’等违法犯罪活动,不具有为非作恶、欺压百姓特征的,或者因本人及近亲属的婚恋纠纷、家庭纠纷、邻里纠纷、劳动纠纷、合法债务纠纷而引发以及其他确属事出有因的违法犯罪活动,不应作为恶势力案件处理。”第8条规定:“恶势力还可能伴随实施开设赌场、组织卖淫、强迫卖淫、贩卖毒品、运输毒品、制造毒品、抢劫、抢夺、聚众扰乱社会秩序、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序以及聚众‘打砸抢’等违法犯罪活动,但仅有前述伴随实施的违法犯罪活动,且不能认定具有为非作恶、欺压百姓特征的,一般不应认定为恶势力。”上述规定就是立足于恶势力本质对其范围的进一步明确。

第二,正如《2009年座谈会纪要》所强调的,“‘恶势力’是黑社会性质组织的雏形,有的最终发展成了黑社会性质组织”。所以,只有在黑社会性质组织发展趋势的意义上理解认定恶势力,才能真正把握其本质与要义,实践中不能简单、机械地抠取《指导意见》规定的个别构成要件,比如将“三人”实施“三次”《指导意见》规定的主要违法犯罪行为的,拔高认定为恶势力^[4](P15)。

三、“保护伞”的合理界定

黑恶犯罪之所以能够存续、发展、壮大,确实可能与国家工作人员的“保护伞”有牵连。深挖和严厉打击“保护伞”,既是“扫黑除恶”的应有之意^[7],也是从严治吏的要求与体现。

(一)“保护伞”:逐渐走进刑法的概念

理论和实践中有一种有力的观点认为,刑法条文对于黑社会性质组织犯罪的规定并无“保护伞”的字眼,对于没有罪刑法定根据的概念,没有界定其含义的必要性。这种看法是过于理想与武断的,并不符合当前的办案实际。无论是过去打黑除恶时期,还是眼下扫黑除恶新时代,中央司法文件和各级办案机关都十分重视依法严惩“保护伞”,《2009年座谈会纪要》《2015年座谈会纪要》以及《指导意见》等都明确规定了“严惩保护伞”的问题。而从案件办理的实际情况看,“保护伞”的概念普遍出现在起诉书、判决书等司法文书中^①。而且,行为一旦被认定为“保护伞”,将直接影响行为人的刑事责任。“保护伞”实际已成为一个重要的准刑法概念。

(二)司法文件中的“保护伞”及其涵义

没有严格限定的专门概念,我们便不能清楚和理性地思考法律问题^[8](P486)。对于以罪刑法定为基础的刑法及其适用而言,厘清概念是刑法适用的前提。

近年有关黑恶犯罪的司法文件都规定有“保护伞”的问题。《2009年座谈会纪要》指出:“要严惩‘保护伞’,采取多种措施深入推进打黑除恶工作。黑社会性质组织之所以能在一些地方坐大成势,与个别

① 值得注意的是:司法实践中,在黑恶犯罪之外,司法文书也不乏使用“保护伞”概念。比如,被告人宋某作为有查禁犯罪活动职责的国家工作人员,利用其查禁犯罪活动职责的便利条件,三次向犯罪分子通风报信,帮助犯罪分子逃避处罚,充当犯罪分子的“保护伞”,并接受贿赂(参见广西壮族自治区隆林各族自治县人民法院刑事判决书(2019)桂1031刑初38号)。又如,被告人王某利用职务之便,多次非法收受被管理对象“好处费”合计5.1万元,向环境违法企业通风报信,包庇纵容环境违法行为,为他人谋取利益,充当环境违法企业“保护伞”,其行为涉嫌受贿罪(参见广东省汕头市潮阳区人民法院刑事判决书(2019)粤0513刑初158号)。

国家工作人员的包庇、纵容有着直接关系。”《2015年座谈会纪要》在强调“依法加大惩处‘保护伞’的力度”后,规定:“个别国家机关工作人员的包庇、纵容,不仅会对黑社会性质组织的滋生、蔓延起到推波助澜的作用,而且会使此类犯罪的社会危害进一步加大。各级人民法院应当……有效加大对于‘保护伞’的惩处力度。”《指导意见》在“依法严惩‘保护伞’”部分专门设置了四个条文阐述依法严惩的内容,其中第22条和23条分别规定:“《刑法》第二百九十四条第三款中规定的‘包庇’行为,不要求相关国家机关工作人员利用职务便利。利用职务便利包庇黑社会性质组织的,酌情从重处罚。”“……对办理黑恶势力犯罪案件中发现的涉嫌包庇、纵容黑社会性质组织犯罪、收受贿赂、渎职侵权等违法违纪线索,应当及时移送有关主管部门和其他相关部门,坚决依法严惩充当黑恶势力‘保护伞’的职务犯罪。”

以上规定表明,第一,既有黑恶犯罪的重要司法文件都明确要求严惩“保护伞”并设置了专门规定,只是都没有明确界定其概念。在严惩“保护伞”的部分或标题下,司法文件结合《刑法》第294条的规定,重点谈及了对国家工作人员包庇、纵容黑社会性质组织的处理。司法文件的规定很容易让办案人员产生这样的倾向性意见,即《刑法》第294条第3款规定的国家机关工作人员包庇、纵容黑社会性质组织进行违法犯罪活动,就是黑社会性质组织的“保护伞”。理论上,将两者等同理解的观点也得到学者的支持,有学者写道,刑法中的“保护伞”主要是指国家公职人员包庇、纵容黑社会性质组织的违法犯罪行为,或者国家公职人员组织、领导、参加黑社会性质组织,共同实施犯罪的情况^[9](P815)。在该观点看来,国家工作人员没有实施包庇、纵容,只是单纯共同参与黑社会性质组织的,也属于“保护伞”。第二,根据司法文件的规定,实施包庇、纵容行为构成“保护伞”的,客观上不要求相关国家机关工作人员利用职务便利;主观上,根据《2009年座谈会纪要》的规定,只要行为人知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织,仍对该组织及其成员予以包庇,或者纵容其实施违法犯罪活动,即可认定。至于行为人是否明知该组织系黑社会性质组织,不影响本罪的成立。第三,在扫黑除恶专项斗争之前的2009年和2015年座谈会纪要中,“保护伞”适用空间主要限于黑社会性质组织中,随着《指导意见》的颁布,“保护伞”的范围已明确扩张至恶势力,即在恶势力违法犯罪中同样可能存在“保护伞”。

(三)“保护伞”的界定:思路与方法

“保护伞”的概念既然已明确规定在司法文件中并于实践中得到普遍适用,这种情况下,再执意认为其不属于罪刑法定概念对其一概予以排斥和否定,就难以认为是明智的。笔者丝毫不否认严惩“保护伞”的正当性与必要性,只是在法治国家对任何犯罪的惩治都应在法律的限度内,依法扫黑除恶以及准确认定黑恶犯罪,同样应贯彻于黑恶犯罪“保护伞”的界定上。

首先,黑恶犯罪的“保护伞”同样是一个极具否定性评价的概念,与黑恶犯罪的概念认定一样,同样需要十分谨慎。

其次,为了实现法益保护目的,司法者可以对法律概念、术语采用不同解释方法,由此概念的含义可能会适度扩大或者限缩,但任何概念的解释都不应偏离事物本质与内涵。“保护伞”,顾名思义,应如“伞”一样地提供保护,是一个对“保护”的力度、深度和广度有限定的概念。在性质上,“保护”与“保护伞”都不失为帮助行为,但在行为的力度、强度方面,“一般性帮助”“保护”与“保护伞”呈现依次递进关系,不宜脱离“保护伞”的惯常含义去界定黑恶犯罪的“保护伞”。

再者,包括我国在内世界各国对公职人员从事违法犯罪都奉行从严惩处的刑事政策,但宽严皆应有度,要依法进行,不能突破法律的界限,应遵循罪责刑相适应的刑法基本原则,超越法律的规定对国家工作人员采取过于严酷惩罚,既违背刑法规定,也不利于扫黑除恶专项斗争的依法深入展开。

为了准确界定“保护伞”含义,办案人员有必要重视以下方面问题:

第一,既然“保护伞”是个区别于一般性帮助和保护的概念,那么,成立“保护伞”,对帮助、保护行为的力度、广度和深度应有一定的限制和要求。实践中,国家工作人员是否应认定为黑恶犯罪的保护伞,办

案人员要重视考察国家工作人员在黑恶犯罪存续、发展和犯罪实施中的具体行为及其作用。如前指出,根据刑法规定,黑社会性质组织成立需要具备“组织特征”“行为特征”“经济特征”和“危害性特征”,黑社会性质组织是上述四个特征的有机结合,国家工作人员的行为是否属于黑社会性质组织的保护伞,应注意行为是否针对上述构成要件事实实施帮助与保护。对于恶势力保护伞的认定,也必须重视国家工作人员的行为是否针对构成恶势力的核心违法犯罪事实提供帮助与保护。只是针对黑恶违法犯罪的边缘性人员和行为提供帮助、保护的,应谨慎地认定为“保护伞”。

第二,对于保护力度、深度和广度的认定,需要重点考察国家工作人员参与黑社会性质组织的时间、保护行为的性质、提供保护的形式次数以及是否获利和非法获利数额等,避免因要体现对国家工作人员的从严惩处而过度扭曲和拔高行为的性质。比如甲为某黑社会性质组织的一般参加者,因涉黑犯罪被起诉,国家工作人员张某接受黑社会性质组织的请托,非法收受财物,对被告人违法从轻处罚。本案中,张某的行为依法成立受贿罪和徇私枉法罪并无疑问,但将其评价为黑社会性质组织的“保护伞”,有拔高认定的嫌疑。

第三,“庸伞”的认定需更慎重。最近中央特别强调要深挖“官伞”“警伞”“庸伞”。其中,“庸伞”针对的是国家工作人员见“伞”不打、不担当、不作为而构成“保护伞”的情形,即“庸伞”指的是以不作为形式存在的“保护伞”。在刑法上,与作为犯相比,不作为犯的成立历来需要特殊的构成要件,“庸伞”的认定应立足于不作为犯的特点与构造,着重考察国家工作人员面对黑恶犯罪渎职、失职行为的实质危害性,避免将国家工作人员工作中一般性的渎职、失职行为不适当地认定为“庸伞”。

(四) 余论:避免以非刑法概念取代刑法规定

综上所述可见,晚近随着黑恶犯罪系列司法性文件的颁布,“保护伞”事实上已成为一个重要的准刑法概念。扫黑除恶专项斗争以来,这种做法进一步强化,恶势力、“套路贷”也相继成为准刑法概念。笔者并不否认“保护伞”“套路贷”等概念在现实中存在的价值,但这些概念并非为刑法条文明确规定,在犯罪认定和构成要件的评价中使用这些术语,实际上是以非刑法概念取代刑法规定。张明楷教授针对“套路贷”司法认定中的问题指出,“套路贷”并不是一个刑法概念,也不是一个犯罪构成或者某个犯罪的构成要件,更不是一个独立的罪名。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2019年4月9日颁布的《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》也没有创制“套路贷”的罪名与犯罪构成。以“套路贷”认定犯罪就是以非刑法概念取代刑法规定^[10]。与此类似,“保护伞”在刑法中既不是一个罪名,也不是一个犯罪构成与构成要件,根据刑法规定,包庇、纵容黑社会性质组织罪是刑法规定的独立罪名,“利用国家工作人员的包庇或者纵容”只是黑社会性质组织危害性特征的选择要件。尽管“保护伞”“套路贷”这些概念鲜活形象,容易为社会民众理解接受,但实践中特别是在起诉书、判决书中应尽可能避免使用,办案人员应严格按照刑法规定的罪名比如包庇、纵容黑社会性质组织罪等依法认定。

四、宽严相济刑事政策与“参加”的界定

宽严相济刑事政策是以区别对待为根本内容的,旨在实现该宽则宽,该严则严,“宽”“严”区分^[11](P21)。

(一) 实践中的一种不正确的做法

自开展扫黑除恶专项斗争以来,中央和司法文件都毫无例外地强调要切实贯彻宽严相济刑事政策。只是长期以来,社会上存在一种不正确的观念与做法,即习惯性地认为案件抓获、起诉、判决的犯罪人数越多,案件规模越大,成绩就越突出,法治与社会效果就会越好。这种不正确的观念与做法阻碍了宽严相济刑事政策在当前的贯彻实施。黑恶犯罪多属于有组织性犯罪,涉案人数多,犯罪结构复杂,只有区别对待,才可能真正达到精准、有效打击的效果。区别对待具有多个面相,具体到黑恶犯罪的行为而言,组织和领导行为是从严惩治的对象,对参加行为要依法从宽;在参加行为中,“积极参加行为”是依法

严惩的对象,对于边缘性参加行为,则应尽可能依法从宽。

(二)“参加”的含义:实践扩张与界定思路

眼下实践中因“参加”含义的不科学理解导致拔高认定的问题值得关注。比如,甲于2012年6月经他人介绍到王某经营的赌场工作(该赌场及王某存在涉黑违法犯罪事实),甲发现其工作地方可能涉及违法犯罪,仅工作两个星期就辞职,其后再也没有和王某及其经营场所有联系。2018年2月,因王某经营的赌场涉嫌黑恶违法犯罪被查处,甲随后也被指控为参加黑社会性质组织罪(案例1)。又如,宋某于2003年7月至2006年5月参与了某黑社会性质组织5起寻衅滋事案(依法均不构成犯罪),2006年9月后到外地工作,未再参与该组织任何行为。2012年8月在外地与组织成员李某一起吸毒被处以行政处罚;2014年2月回乡参加组织成员童某母亲的葬礼;2016年9月在外地开车到火车站接送黑社会性质组织主犯王某妻子和儿子并送至异地。2018年6月宋某被指控参加黑社会性质组织罪(案例2)。

“参加”即参与、加入,黑社会性质组织犯罪属于刑法规定的必要共犯,参加本质上属于共同犯罪行为,行为人是否构成“参加”黑社会性质组织,应有事实支撑。当黑社会性质组织举行成立或宣示仪式,行为人参与该仪式的,可以径直认定为参加黑社会性质组织。在没有举行特别仪式等场合,认定行为人构成“参加”黑社会性质组织罪,必须要求行为人实施了体现黑社会性质组织意志和组织利益的行为,否则,“参加”就变成无源之水。上述案例2中,宋某自2006年9月到外地工作后,没有参与组织的任何违法犯罪行为,至于参加组织成员母亲的葬礼,到火车站接送黑社会性质组织成员的家属以及与组织成员在异地一起吸毒,这些行为都属于与组织成员的人情交往和私人来往,既不体现黑社会性质组织的意志,也不体现黑社会性质组织的利益,将其认定为参加黑社会性质组织的行为,是不妥当的。

准确界定“参加”行为的涵义,办案人员还要重视贯彻宽严相济刑事政策。

第一,根据刑法规定,参加黑社会性质组织罪属于继续犯,“参加”有时间的限制,不能理解为“一旦参加,终身参加”。对于不属于黑社会性质组织的组织者、领导者、发起者等主犯行为,行为人先前参加了黑社会性质组织,其后退出的,退出后的行为不能再认定。行为人只应对前期的参加行为依法承担责任,如果前期参加行为不需要追究刑事责任或者已过诉讼时效,依法不能再追究。案例1中,王某只是属于涉黑犯罪的一般参加者,依法不应对其离开后的涉黑组织实施的违法犯罪行为承担刑事责任。

第二,犯罪是主客观要件的有机统一,成立参加黑社会性质组织罪,必须要求行为人主观上明知系黑社会性质组织而加入或者参加后知道该组织为黑社会性质组织。在行为人不知道其参加的是黑社会性质组织的场合,只对其具体实施的违法犯罪行为负责,慎重认定为参加黑社会性质组织罪。只是根据刑法规定,明知并不限于明确地知道,只要行为人主观上可能知道或应当知道即可。

第三,应重视区分“积极参加行为”与“一般性参加行为”,对黑恶犯罪的一般参加行为特别是边缘性参加行为要尽可能依法从宽处理。所谓边缘性参加行为,是指那些对黑恶犯罪存续和发展扮演边缘、次要、辅助性意义的行为。在公司、企业涉黑恶违法犯罪的场合,重视该问题对于限制刑罚打击面,减少社会对抗具有现实意义。公司、企业涉黑恶违法犯罪往往涉案人数多,公司的组织结构决定了不同参与者在整个犯罪中的地位和作用存在重要差别,特别是公司、企业中存在大量从事一般服务性和劳务性的工作人员,如果宽泛地理解刑法中的“参加”与“帮助”行为,那么一般服务性和劳务性的行为很难认为其完全没有对黑恶犯罪的实施起到促进和帮助作用。但是将这些只是属于一般服务性、劳务性工作,特别是行为人从事上述工作往往系生计所需,领取的也只是正常薪酬场合的行为认定为黑恶犯罪参加行为,不仅有过度排挤公民的生存权的嫌疑,也有违刑法的人道性。众所周知,“黄、赌、毒”违法犯罪也一直是我国刑事政策惩治的重点,2017年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)在依法严惩此类犯罪的同时,立足于行为的性质、获取利益数额等因素对行为人责任进一步区分^[12](P24),其第4条第2款规定:“在具有

营业执照的会所、洗浴中心等经营场所担任保洁员、收银员、保安员等,从事一般服务性、劳务性工作,仅领取正常薪酬,且无前款所列协助组织卖淫行为的,不认定为协助组织卖淫罪。”笔者认为,上述规定很好地体现了刑法的人性基础与宽严相济刑事政策。对于黑恶犯罪边缘性参加行为的处理,《解释》体现的精神和问题解决的方法,不无借鉴意义。

参考文献

- [1] 西田典之. 日本刑法总论. 刘明祥,王昭武译. 北京: 中国人民大学出版社,2013.
- [2] 李润华、王守江. 论刑事案件与治安案件的关系. 北京警察学院学报,2007,(1).
- [3] 吉米·边沁. 立法理论. 李贵方等译. 北京: 中国人民公安大学出版社,2004.
- [4] 何荣功. 避免黑恶犯罪的过度拔高认定: 问题、路径与方法. 法学,2019,(6).
- [5] 张明楷. 刑法学: 上. 北京: 法律出版社,2016.
- [6] 陈兴良. 恶势力犯罪研究. 中国刑事法杂志,2019,(4).
- [7] 何荣功. 以新理念依法整体推进扫黑除恶专项斗争. 检察日报,2018-02-01.
- [8] E. 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社,1999.
- [9] 赵秉志, 陈泽宪, 陈忠林. 改革开放新时代刑事法治热点聚焦: 下卷. 北京: 中国人民公安大学出版社, 群众出版社, 2018.
- [10] 张明楷. 不能以“套路贷”概念取代犯罪构成. 人民法院报,2019-10-10.
- [11] 陈兴良. 宽严相济刑事政策研究. 法学杂志,2006,(1).
- [12] 周峰, 党建军, 陆建红等. 《关于审理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用. 人民司法(应用),2017,(25).

On the Methodology of Accurate Identification of Underworld Crimes

He Ronggong (Wuhan University)

Abstract Accurate identification of underworld crimes is a basic requirement for advancing specialized struggles against gangsters and eliminating crimes according to law. The identification of the scope of underworld organizations should be restricted as determined by the reality of their existence of in China and their status in the entire structure of illegal crimes. The interpretation and determination of the elements of gangs and evil crimes cannot be separated or deviated from their essence. The “protective umbrella” should be accurately identified and distinguished from ordinary help and protection. To identify underworld crimes accurately also requires the implementation of criminal policies with lenience and strictness, which can be exemplified in the accurate definition of the meaning and scope of “participating”. Practitioners should also avoid replacing criminal laws with non-criminal concepts.

Key words sweeping underworld crimes; underworld organization; evil forces; criminal policy with lenience and strictness

■ 收稿日期 2019-11-01

■ 作者简介 何荣功,法学博士,武汉大学法学院教授、博士生导师;湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛 何坤翁